

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

TEMA:

LA HIPOTECA SOBRE PLURALIDAD DE INMUEBLES FRENTE AL
EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

Ejecutor:

BACHILLER

FRANSES DE JESÚS GARRIDO VILLEGAS

Para optar el Título Profesional de Abogado

Línea de investigación: Legislación y Ciencias Políticas

Sub Línea de investigación: Derecho Civil – Nuevas Tendencias

PIURA – PERU

2019

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

TEMA:

LA HIPOTECA SOBRE PLURALIDAD DE INMUEBLES FRENTE AL
EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

EJECUTOR:

BACHILLER: FRANCES DE JESÚS GARRIDO VILLEGAS

ASESOR;

DOCTOR: SANTIAGO HERRERA NAVARRO

Línea de investigación: Legislación y Ciencias Políticas

Sub Línea de investigación: Derecho Civil – Nuevas Tendencias

PIURA – PERU

2019

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

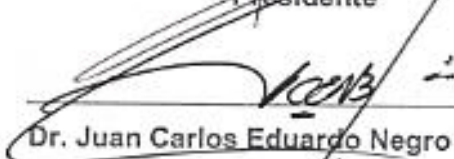


TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**TEMA; “LA HIPOTECA SOBRE PLURALIDAD DE INMUEBLES FRENTE AL
EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO**

EJECUTOR
BACHILLER: FRANCES DE JESÚS GARRIDO VILLEGAS


Dr. Luis Alberto Yalpen Hidalgo
Presidente


Dr. Juan Carlos Eduardo Negro Balarezo
Secretario


MAG. Jorge Omar Santamaría Morillo
Vocal

Línea de Investigación: Legislación y Ciencias Políticas
Sub Línea de Investigación: Derecho Civil – Nuevas Tendencias



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



"AÑO DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LA SALUD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
001-UI-FDCCP-UNP-2020

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada: **"LA HIPOTECA SOBRE PLURALIDAD DE INMUEBLES FRENTE AL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO"** presentada por el Bachiller **FRANSES DE JESUS GARRIDO VILLEGAS** para optar el Título Profesional de Abogado, con el asesoramiento del Dr. Santiago Herrera Navarro; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA ☒

DESAPROBADA ☐

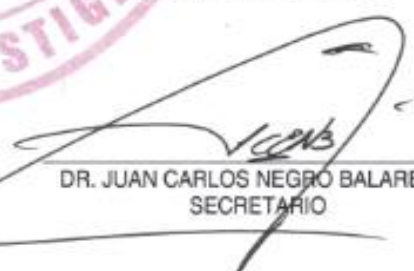
Con la mención de:


SOBRESALIENTE

- ☒ En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- ☒ En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que el sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 10 enero de 2020


DR. LUIS ALBERTO YÁÑEZ HIDALGO
PRESIDENTE


DR. JUAN CARLOS NEGRO BALAREZO
SECRETARIO


MAG. JORGE OMAR SANTA MARIA MORILLO
VOCAL

DEDICATORIA

La presente investigación está dedicada a todas aquellas personas que por diversas razones adquieren obligaciones dinerarias, hipotecando varios bienes inmuebles, y al no cumplir con honrar la obligación se les solicita el remate, de todos los bienes hipotecados; no obstante que ello no es necesario por el monto de la obligación adquirida.

AGRADECIMIENTO

Un especial agradecimiento a Dios, a mi familia, y a todas las personas que de alguna u otra manera han contribuido en la culminación de mis estudios universitarios, esperando con esta investigación poder obtener el título de abogado.

INDICE

Dedicatoria	04
Agradecimiento	05
Índice	06
Glosario	09
Resumen	16
Abstract	17
Introducción	18

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1.- Antecedentes	19
1.2.- Definiciones de hipoteca	19
1.3.- Formalidad de la hipoteca	21
1.4.- Requisitos de validez de la Hipoteca	23
1.5.- Bienes sobre los que recae la hipoteca	26
1.6.- Extensión de la hipoteca	28
1.7.- Indivisibilidad de la hipoteca	29
1.8.- Hipoteca sobre bienes futuros	30
1.9.- Extinción de la hipoteca	32
1.9.1.- Extinción de la obligación que garantiza	33
1.9.2.- Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación	35
1.9.3. Renuncia escrita del acreedor	35
1.9.4. Destrucción total del inmueble	36

1.9.5. Consolidación	37
1.9.6.- Extinción de la hipoteca por caducidad	37
1.10.- Hipoteca sobre obligación futura	39
1.11.- Hipoteca sobre pluralidad de inmuebles	41
1.12.- Ejercicio abusivo del derecho	43
1.12.1.- Teoría del Abuso del Derecho	44
1.12.2.- Criterios para determinar un abuso del derecho	45
A.- Criterio subjetivista	45
B.- Criterio Objetivo	46
C.- Criterio Mixto o ecléctico	46
1.12.3.- El abuso del derecho en la doctrina nacional	46

CAPITULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

2.1.- Planteamiento del Problema	50
2.2.- Formulación del problema	50
2.3.- Justificación de la investigación	50
2.4.- Viabilidad	51
2.5.- Objetivo de la investigación	51
2.5.1.- Objeto general	51
2.5.2.- Objetivos específicos	51
2.6.- Hipótesis	51

2.7.- Variables	51
2.7.1.- Variable dependiente	51
2.7.2.- Variable independiente	51
2.7.3.- Conceptualización de las variables	52
2.7.4.- Operacionalización de las variables	53
2.7.4.1- Indicadores	53
2.8.- Metodología de la investigación	53
2.8.1.- Tipo de Investigación	53
2.8.2.- Técnicas y Método de Investigación	54
2.8.1.- Técnicas	54
2.8.2.- Métodos	54

CAPITULO III

PROBANZA DE LA HIPÓTESIS

3.1. Análisis dogmático	55
3.2. - Análisis doctrinario	57
3.3.- Análisis jurisprudencial	59
CONCLUSIONES	65
RECOMENDACIONES	66
BIBLIOGRAFÍA	67
APENDICES	70

GLOSARIO

ABUSO DEL DERECHO: “El abuso del derecho o ejercicio abusivo del derecho supone el ejercicio de un derecho subjetivo para la satisfacción del interés propio en perjuicio de tercero” (Casación 37-2006-Lima. El Peruano, 02 de diciembre del 2008, pág. 23415).

ACCIÓN: La acción equivale al ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer.

“Del latín agere, hacer, obrar. La amplitud de esta palabra es superada difícilmente por otra alguna; pues toda la vida es acción, y solo existe inacción – corporal al menos- en la muerte y en la nada.

Acción denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar éste” (CABANELLAS DE TORRES Guillermo; 2002, Pág. 17).

ACCIÓN PROCESAL: Los modernos procesalistas de mayor relieve internacional definen la acción como un derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio.

La función jurisdiccional no puede desarrollarse sino a instancia de parte. La función jurisdiccional es, ciertamente, una obligación asumida por el Estado, cuando éste prohíbe el ejercicio del propio derecho a los interesados. Frente a esta obligación está el derecho de acción, como derecho a que el juez o Sala, a través de sus miembros, realice la función jurisdiccional (Diccionario Jurídico Espasa: 2006, pág. 43).

ACCIONANTE: El que entabla o prosigue una acción/ El que la ejerce.

(CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 19).

BIENES: “Los bienes son el objeto de los derechos reales. Bien es toda entidad, material o inmaterial, que es tomada en consideración por la ley, en cuanto constituye o puede constituir objeto de relaciones jurídicas” (AVENDAÑO ARANA, Francisco: 2011 pág. 30).

BIENES CORPORALES: Los bienes corporales con lo que tienen existencia tangible, ocupan una parte del espacio, por lo que pueden ser percibidos por los sentidos (AVENDAÑO ARANA, Francisco: 2011, pág. 32).

BIENES INCORPORALES: Los bienes incorporeales carecen de existencia corporal y son producto de la creación intelectual del hombre (AVENDAÑO ARANA, Francisco: 2011, pág. 32).

BIENES FUNGIBLES: Los bienes fungibles son aquellos que pueden ser sustituidos por otros a propósito del cumplimiento de la obligación. Estos bienes son iguales en su valor, peso o medida (AVENDAÑO ARANA, Francisco: 2011, pág. 33).

BIENES NO FUNGIBLES: Los bienes no fungibles son los que no pueden reemplazarse por otros al momento del cumplimiento de la obligación, como por ejemplo una casa (AVENDAÑO ARANA, Francisco: 2011, pág. 33).

BIENES INMUEBLES: Bienes inmuebles son las casas que están inmovilizadas, que tienen una situación fija, arraigada (AVENDAÑO ARANA, Francisco: 2011, pág. 34).

CONSTITUCIÓN: Ley fundamental de la organización de un Estado
(Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española)

En sentido material complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas que traza las líneas maestras de un ordenamiento jurídico. En sentido formal, conjunto de normas legislativas que ocupan una posición especial y suprema en el ordenamiento jurídico y que regulan las funciones y los órganos fundamentales del Estado. (Diccionario Jurídico Espasa: 2006, pág. 397)

COSTUMBRE JURISPRUDENCIAL: Cuando determinadas materias son falladas por los tribunales, de una manera uniforme y repetida a través del tiempo y, en especial, si dichos fallos provienen de la Corte Suprema (la casación en el fondo unifica la jurisprudencia) se produce lo que se ha dado en llamar “Jurisprudencia Uniforme”. De esta forma, aunque los tribunales inferiores no están obligados a seguir una determinada interpretación de la ley hecha por el más alto tribunal del país, acatan generalmente el criterio de esta (FERNÁNDEZ CASTRO, Carlos: 1994, pág. 28).

DEBIDO PROCESO: Proceso adecuado, en donde se hayan respetado todas las garantías legales.

“Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo, en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas” (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 111).

DEUDA: En su significado más general, sinónimo de obligación. En su acepción más frecuente y conocida, deuda es lo que ha de pagarse en dinero, la cantidad que este pendiente de entrega, este o no vencida la deuda (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 128).

DEUDOR: El sujeto pasivo de una relación jurídica; más concretamente de una obligación. El obligado a cumplir la prestación, es decir a dar, a hacer, o a no hacer algo en virtud de un contrato. Más generalmente, se refiere al obligado a una prestación como consecuencia de un vínculo contractual (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 129).

DEUDOR PRINCIPAL: El obligado en primer término a cumplir la prestación parar con el acreedor. El que primeramente debe ser demandado (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 129).

DEUDORES SOLIDARIOS: Los obligados conjuntamente a una misma prestación, de modo que cada uno de ellos puede ser reconvenido por el todo; además, pagando uno de los obligados solidariamente, quedan libres los restantes con respecto al acreedor o acreedores solidarios (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 129).

HIPOTECA: Hipoteca viene a ser lo mismo que cosa puesta para sostener, apoyar y asegurar una obligación (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 188).

Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado (ARTÍCULO 1097 Del Código Civil).

HIPOTECAR: Constituir una hipoteca/ Para el acreedor hipotecario consiste en asegurar un crédito o el cumplimiento de una obligación sujetando un inmueble Del deudor o de un tercero, que responden en caso de vencimiento sin pago, de infracción sin resarcimiento espontáneo (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 188).

LEGITIMIDAD: Calidad de legítimo, legalidad; conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas. En el sentido impropio, con el término legitimación se alude a veces a la condición del sujeto que obstante tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal (Diccionario Jurídico Espasa: 2006, pág. 897).

LEGÍTIMO: Legal o conforme a ley. Ajustado a derecho (Diccionario de la lengua española: 2007, pág. 854).

PROCESO: Se define al proceso como el conjunto de actos que realiza el órgano jurisdiccional y los intervinientes, debidamente concadenados, y que termina en una sentencia. Es el instrumento esencial de la jurisdicción o función del Estado,

que consiste en una serie de actos tendientes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto (Diccionario Jurídico Espasa: 2009, p. 1175).

PROCEDIMIENTO: “En general, acción de proceder. / Sistema o método de ejecución, actuación o fabricación. / Modo de proceder en la justicia, actuación de trámites judiciales o administrativos; es decir, que es el conjunto de actos diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución de una causa”. (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: 2007, pág. 321).

PREDIO: Finca, heredad, hacienda, tierra, propiedad o posesión inmueble (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 315).

PROPIEDAD: La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (Artículo 923 del Código Civil vigente).

PROPIETARIO: Titular del derecho de propiedad. Dueño de bienes inmuebles. Casero o dueño de una casa alquilada. Nudo propietario. (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 325).

SANEAR: Sanear en su concepto más amplio significa remediar una cosa, y en su acepción contractual el saneamiento es considerado como la obligación del transferente del bien de remediar al adquirente por los vicios ocultos del bien (Casación 1735- 97- La Libertad).

SEGURIDAD JURÍDICA: La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho. Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. (Diccionario Jurídico Espasa: 2006, pág. 1302).

TÍTULO DE PROPIEDAD: Documento que acredita el dominio sobre alguna cosa (CABANELLAS DE TORRES Guillermo: 2002, pág. 386).

RESUMEN

La presente investigación “La hipoteca sobre pluralidad de inmuebles frente al ejercicio abusivo del derecho”, tiene por finalidad demostrar que en los casos en que se constituye una hipoteca sobre una pluralidad de bienes inmuebles, y ante el incumplimiento de la obligación se solicita en forma simultánea la ejecución de todos los bienes inmuebles hipotecados, se incurre en el ejercicio abusivo del derecho; para lo cual se proponen como objetivo general: Determinar las razones por las cuales la ejecución simultánea de todas las hipotecas en los casos de pluralidad de hipotecas, el acreedor incurre en el ejercicio abusivo del derecho, y como objetivos específicos se proponen: - Proponer una reforma legislativa sobre el tema y - Analizar jurisprudencia sobre el tema. La presente investigación es descriptiva correlacional y documental, siendo la técnica empleada aquella que privilegia los documentos. Los métodos que se utilizan son: El método dogmático que permite conocer la naturaleza jurídica y el alcance del tema materia de investigación; el método exegético que constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo; el método sociológico funcional que permite una redefinición profunda de los conceptos que se usan en la indagación científica; así como el método literal que permite conocer el significado de las normas. Métodos que nos permiten probar nuestra hipótesis y en consecuencia arribar a nuestras conclusiones y recomendaciones propuestas y por ende a nuestra propuesta legislativa.

Palabras claves: Pluralidad de inmuebles.

ABSTRACT

The present investigation "The mortgage on plurality of properties in front of the abusive exercise of the right", has as purpose to demonstrate that in the cases in which a mortgage is constituted on a plurality of immovable property, and in the case of breach of the obligation, it is requested in simultaneous execution of all mortgaged real estate, the abusive exercise of the right is incurred; for which they propose as a general objective: Determine the reasons why the simultaneous execution of all mortgages in cases of multiple mortgages, the creditor incurs in the abusive exercise of the right, and as specific objectives are proposed: - Propose a legislative reform on the subject and - Analyze jurisprudence on the subject. The present investigation is descriptive correlational and documentary, being the technique used that privileges the documents. The methods that are used are: The dogmatic method that allows to know the legal nature and the scope of the subject matter of investigation; the exegetical method that constitutes the linear study of the norms as they appear arranged in the legislative text; the functional sociological method that allows a profound redefinition of the concepts used in scientific inquiry; as well as the literal method that allows knowing the meaning of the rules. Methods that allow us to test our hypothesis and consequently arrive at our conclusions and proposed recommendations and therefore to our legislative proposal.

Keywords: Plurality of buildings

INTRODUCCIÓN

Por medio de esta investigación titulada “La hipoteca sobre pluralidad de inmuebles frente al ejercicio abusivo del derecho”, se trata de demostrar que en los casos en que se constituye una hipoteca sobre una pluralidad de bienes inmuebles, y ante el incumplimiento de la obligación se solicita en forma simultánea la ejecución de todos los bienes inmuebles hipotecados, se incurre en el ejercicio abusivo del derecho.

En esta investigación se aborda en primer lugar el marco teórico que comprende: Los antecedentes de la investigación, definiciones sobre hipoteca, la formalidad de la hipoteca, los requisitos de validez de la Hipoteca, los bienes sobre los que recae la hipoteca, la extensión de la hipoteca, la indivisibilidad de la hipoteca, la hipoteca sobre bienes futuros, la extinción de la hipoteca, la hipoteca sobre obligación futura, la hipoteca sobre pluralidad de inmuebles, el ejercicio abusivo del derecho, la teoría del Abuso del Derecho, los criterios para determinar un abuso del derecho, el abuso del derecho en la doctrina nacional; en una segunda parte se aborda el diseño metodológico que comprende: El planteamiento del problema, la formulación del problema, la justificación de la investigación, la viabilidad, los objetivos, la hipótesis, las variables, la conceptualización de las variables, la operacionalización de las variables, el tipo de investigación, las técnicas y los métodos de investigación. En una tercera parte se aborda la probanza de la hipótesis que comprende: Un análisis, dogmático, un análisis doctrinario y un análisis jurisprudencial, lo que nos permite poder arribar a las conclusiones, recomendaciones propuestas y por ende a nuestra propuesta legislativa.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1.- ANTECEDENTES

Raymundo Salvat, señala que la hipoteca es una institución creada directamente en el Derecho Romano, aunque ella tenga numerosos puntos de contacto con el Derecho Griego.

Señala que fue en Roma en donde cobró caracteres saltantes y de allí ha ido evolucionando hasta tener la trascendencia que tiene en nuestros días. Sin embargo, cabe señalar que el sistema hipotecario romano era diferente, por cuanto los gravámenes tenían caracteres generales y carecían de publicidad, de modo que los terceros adquirientes del dominio se veían permanentemente sujetos al riesgo de una hipoteca fantasma u oculta con la subsiguiente falta de seguridad.

1.2.- DEFINICIONES

El artículo 1097 del Código Civil define a la hipoteca señalando que: “Por la hipoteca se afecta un bien inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”.

Jorge Avendaño señala que: La hipoteca es un derecho real de garantía, porque se afecta un inmueble “en garantía del cumplimiento de cualquier obligación”.

La hipoteca, como todos los derechos reales de garantía, es **accesoria** de una obligación. Esta última es la principal y tiene vida propia. Puede subsistir sin la garantía, en cambio, la hipoteca no puede existir sola, necesariamente debe ser accesoria de una obligación.

La hipoteca debe recaer necesariamente sobre un bien **inmueble**, considerándose bienes inmuebles conforme al artículo 885 del Código Civil modificado por el Decreto Legislativo 1400 publicado 10 de setiembre del 2018, los siguientes:

1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo

2.- El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estacadas.

3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos

4.- Los diques y muelles

5.- Las concesiones para explotar servicios públicos

6.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares

7.- Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro

8.- Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.

En la hipoteca no hay desposesión, porque el bien queda en poder del constituyente. La razón es que la inscripción del gravamen es obligatoria, y surte efecto frente a terceros desde el día de su inscripción en el Registro.

La hipoteca no garantiza necesariamente una obligación propia, es decir, una obligación del constituyente del gravamen. Sin embargo, puede asegurar una obligación ajena. Siendo el caso que el constituyente de la garantía no tiene calidad de fiador, salvo que expresamente haya asumido tal carácter. Si no es fiador, el tercero constituyente de la hipoteca no responde con todos los bienes a que integran su patrimonio sino únicamente con el bien afectado.

La hipoteca confiere el derecho de preferencia. Esto significa que, con relación a determinados acreedores, el acreedor hipotecario cobra primero con cargo al precio de venta del bien hipotecado. De conformidad con la Ley General del Sistema Concursal N° 27809, en los procedimientos de disolución y liquidación, los acreedores hipotecarios cobran en tercer lugar, después de los trabajadores y de los alimentistas.

El acreedor hipotecario goza también del derecho de persecución que le permite ejecutar el bien hipotecado, en caso del incumplimiento del deudor, cuando esté en poder de un tercero.

1.3.- FORMALIDAD DE LA HIPOTECA

Según reconoce la doctrina unánimemente, existen diferencias sustanciales entre forma y formalidad de los actos o negocios jurídicos; en ese sentido, "toda declaración requiere de una forma externa (o sabida ausencia de ella) que refleje la voluntad; pero no todo negocio reclama de formalidad" (Lohmann, Juan: 1999).

Como regla general y en virtud del "principio de libertad de forma", señalado en el artículo 143 del Código Civil, el acto o negocio jurídico puede exteriorizarse a través de diferentes formas; excepción hecha del silencio que

importará "manifestación de voluntad" cuando por ley o por acuerdo de las partes se le atribuya ese significado, conforme al artículo 142 del Código sustantivo.

Sin embargo -como excepción a la regla anterior-, la ley o las partes pueden establecer una determinada formalidad para la exteriorización del acto o negocio jurídico; formalidad que será *ad probationem*, si solo sirve como medio de prueba, o *ad solemnitatem*, si su inobservancia es sancionada con nulidad por la ley, de conformidad con el artículo 144 del Código Civil.

Debe recordarse que en los supuestos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo, de conformidad con el artículo 1141-A del Código Civil.

De otro lado conforme al artículo 1098 del Código Civil su constitución debe exteriorizarse a través de una determinada formalidad, es decir, "escritura pública" o aquella prevista por la ley ("documentos privados con firmas legalizadas", "formularios registrales", etc.). Estas formalidades servirán igualmente para exteriorizar los actos secundarios o derivados (ej. modificación, rectificación, ratificación, levantamiento o cancelación, etc.), salvo que exista dispositivo que autorice el empleo de formalidades especiales

Es necesario indicar que, en tanto la constitución de hipoteca no se inscriba en el registro, solo tendrá eficacia obligacional o inter partes (obligación de gravar), ya que la existencia jurídica de la hipoteca como derecho real (gravamen) se halla sujeta a su publicidad registral, de conformidad con el artículo 1099 del Código Civil, al ser la inscripción una *conditio sine qua nom*

de su existencia.

MAISCH VON HUMBOLDT Lucrecia; en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se refiere que "el contrato de hipoteca que no estuviere inscrito no confiere al acreedor la garantía real hipotecaria, sino un título que sirve al acreedor para obtener a través de la inscripción el derecho real de hipoteca"; en Exposición de Motivos y Comentario del Libro de Derechos Reales del Código Civil: En Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios, Tomo V (Compiladora Delia Revoredo, 1995.).

1.4.- REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA HIPOTECA

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia en un sentido crítico, considera que el artículo 1099 del Código Civil de 1984 reitera un error anterior, "al normar conjuntamente las condiciones esenciales, con los requisitos meramente formales que deben figurar en el documento constitutivo".

Los "requisitos para la validez de la hipoteca", se encuentran en el artículo 1099 del Código Civil, modificación incorporada por la Comisión Revisora a propuesta del maestro Max Arias-Schreiber, conforme se refiere en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil de 1984; de otro lado, en concordancia con el "principio de especialidad", se ha incorporado un inciso referente a la obligación garantizada con la hipoteca (inciso 2: "que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable) (Max ARIAS-SCHREIBER: 1998)

Los requisitos señalados en el artículo 1099 del Código Civil para la validez de la hipoteca son:

1.- Que afecte el bien el propietario o quién esté autorizado para ese efecto conforme a la ley

En efecto, la hipoteca es un valioso instrumento de acceso al crédito mediante la cual se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de una obligación, que autoriza "en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, (a) la realización pública del bien (...)" Max ARIAS-SCHREIBER, Max: 1998, pág. 320).

Este inciso se refiere genéricamente al propietario".

Teniendo en cuenta el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, creemos que tal afirmación es parcial. Conforme al artículo 2015 del Código Civil, "ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane"; por lo que, si bien el propietario "no inscrito" puede igualmente gravar el bien, sin embargo, al no existir tracto sucesivo -no figura como "titular registral"

Conforme reconoce la doctrina y la jurisprudencia, en virtud del principio de fe pública registral los terceros que adquieran derechos del "titular registral" no propietario (hipoteca a *non domino*) no deberán verse perjudicados por esa circunstancia; de allí que el artículo 2014 del Código Civil prescribe que: "el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos".

2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable

En doctrina y conforme al "principio de especialidad", "solo se pueden gravar bienes determinados y existentes (especialidad en cuanto al bien) y en garantía de obligaciones individualizadas y hasta por montos determinados (especialidad en cuanto al crédito)" (AVENDAÑO, Francisco: 2003).

Este inciso, se refiere al principio de especialidad en cuanto al crédito garantizado.

Estaremos frente a una "obligación determinada" cuando la obligación está perfectamente establecida en el contrato; asimismo, se estará ante una "obligación determinable" cuando no estando determinada en el contrato puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades (Exposición de Motivos del Código Civil)

3.-. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la Propiedad Inmueble

Este inciso se sustenta en el "principio de especialidad", el legislador establece la exigencia de especificar el monto del gravamen (especialidad en cuanto al crédito); su fundamento se halla en la necesidad del ordenamiento de "proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado o de un derecho real sobre él (...), favoreciendo con ello la circulación de los bienes y propiciando el crédito en general" (AVENDAÑO, Francisco: 2003).

La hipoteca es uno de los pocos derechos reales cuya inscripción es

constitutiva; en efecto, se trata de un derecho real que nace al mundo jurídico con su inscripción registral. Constituye fundamento de la inscripción constitutiva el hecho de que la constitución de hipoteca no exige desposesión ni desmembración de la propiedad; es decir, el propietario hipotecante mantiene su posesión en todo momento; es por este motivo que es preciso recurrir al Registro como mecanismo objetivo de publicidad y oponibilidad del mismo, en protección de los terceros adquirentes.

La inscripción constitutiva busca en última instancia evitar la existencia de "hipotecas ocultas", los mismos que afectan al tráfico jurídico (históricamente y en términos generales, esa fue la causa inicial de creación de los Registros Inmobiliarios) (ALIAGA HUARIPATA, Luis: 2011, T.V, pág. 592).

En cuanto a las formalidades y requisitos para la inscripción de la hipoteca, debe mencionarse que, conforme al "principio de titulación auténtica" consagrado en el artículo 2010 del Código Civil, "la inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria", lo que concordado con el artículo 1098, implica que deberá presentarse el parte notarial de la escritura pública correspondiente u otro documento, en caso de que exista norma especial que autorice su empleo (documento privado con firmas legalizadas, formulario registral, etc.).

1.5.- BIENES SOBRE LOS QUE RECAE LA HIPOTECA

El artículo 1100 del Código Civil prescribe que: La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados, es decir esta norma está dirigida a precisar, en un sentido determinado, el diseño del derecho de

hipoteca en nuestro ordenamiento y, a la vez, un mandato relativo al contrato de hipoteca, que impone que el objeto del mismo sea específicamente determinado.

Borda, nos enseña con claridad que si bien ya en Roma se concibió que la hipoteca podía afectar tanto bienes inmuebles como bienes muebles; pronto el Derecho restringió el alcance de las hipotecas a los bienes inmuebles. La razón de este cambio tuvo que ver con que los bienes muebles, cuando eran afectados en hipoteca, en la medida en que quedaban en posesión de los deudores, se perdían con facilidad y ocasionaban frecuentemente conflictos, haciendo el vehículo hipotecario inseguro para estas transacciones. Frente a esta realidad, -sigue- se optó por restringir las hipotecas a los bienes inmuebles (Borda Guillermo: 1999).

Así, si tenemos por objeto a la utilidad o bien que persiguen las partes a través del vehículo negocial, puede afirmarse que en un contrato de hipoteca el objeto es el derecho real de hipoteca, Precisamente, es la obtención de este bien patrimonial el elemento que permite componer los intereses en el negocio hipotecario.

Por determinación, en sede de negocios jurídicos, se advierte que el bien debe ser individualizado o deben las partes establecer por lo menos los mecanismos para su individualización, Tal individualización consiste en su especificación al punto de que sea posible identificarlo de entre el conjunto de bienes de especie similar o idéntica a los que también podría referirse el negocio (GRANDA BOULLON, Carlos: 2011, T V, pág. 595).

1.6.- EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA

En cuanto a la extensión de la hipoteca el Artículo 1101 del Código Civil prescribe que: “La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto”.

Ximena Benavides, señala que: “La especialidad es una de las características de la hipoteca. Esta se manifiesta respecto al crédito y a los bienes hipotecados; señala que la especialidad de la hipoteca en cuanto al bien. Así señala que, a falta de acuerdo, la hipoteca se extiende a los integrantes, accesorios, e indemnizaciones que correspondan al bien hipotecado; lo que también se denomina "extensión natural de la hipoteca".

El artículo 887, del Código Civil, se refiere a los bienes integrantes como aquellos bienes que no pueden ser separados sin destruir, deteriorar o alterar el bien; y que no pueden ser objeto de derechos singulares. Ello significa que, si el bien es inmueble, las partes integrantes del mismo se entenderán también como inmuebles, aun cuando por su naturaleza y según la clasificación de los bienes que regula nuestro Código Civil, pudiera corresponder ser bienes muebles.

Para Albaladejo, la existencia de partes integrantes presupone la existencia de una cosa compuesta, la misma que se entiende por una unidad cuyas piezas, antes o fuera del todo que conforman, tienen su propia individualidad. Las partes integrantes, unidas entre sí, forman la cosa compuesta.

Las partes integrantes gozan de cierta autonomía, individualidad; pero estando unidas o coligadas entre sí forman un todo.

Ximena Benavides, - citando a Díez-Picazo y Gullón - afirma que "partes integrantes son todos aquellos objetos que, poseyendo nombre e individualidad física e incluso independencia económica, han pasado a formar, junto con otros elementos, una unidad real superior y más completa".

De conformidad con el artículo 1101 del Código Civil, la hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado. Así, si se hipoteca una casa se entienden también hipotecados los ladrillos, losetas, piedras, cemento que formen parte de la misma. Ello parece lógico atendiendo que si son partes integrantes se entiende que forman parte del bien hipotecado. Las partes integrantes se someten a la misma condición del bien del que forman parte.

1.7.- INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA

En cuanto a la indivisibilidad de la hipoteca, el artículo 1102 del Código Civil prescribe que: "La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados"; ello resulta lógico, pues el único beneficiado con la indivisibilidad de la hipoteca es el acreedor de la obligación -o eventualmente sus sucesores-, con lo que al Estado no le interesa imponer la indivisibilidad a un acreedor que incluso puede renunciar al derecho real mismo. Claro que, si no se dice nada en el título constitutivo de la hipoteca, la misma tiene la característica de indivisible pues con ello protegemos al crédito.

En realidad, como dice Borda -citado por Avendaño-, la indivisibilidad no hace a la esencia de la hipoteca, sino a su perfección como garantía del pago de la obligación principal.

El artículo 1102 del Código Civil no escapa a esa situación de lectura interpretativa, más aún dada la parquedad en su redacción. Sin embargo, podemos decir con Dumoulin -citado por Papaño- sobre la base de su clásico aforismo, que en virtud a la indivisibilidad "cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas, están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de esta" (BECERRA SOSAYA, Marco: 2011, T.V, pág. 601).

“La finalidad que por un lado persigue la indivisibilidad de la hipoteca es justamente proteger al acreedor, por tanto, su renuncia a la misma le somete a un riesgo que él acepta. En tanto que la finalidad de la reducción del monto hipotecario es beneficiar al hipotecante -que no siempre es el deudor-, para que su inmueble aparezca con un gravamen menor y por tanto se revalorice y a la vez se vuelva atractivo para un potencial segundo acreedor hipotecaría. La razón que obligaría a la reducción del monto del gravamen sería justamente la extinción parcial de la obligación” (BECERRA SOSAYA, Marco: 2011, T.V, pág. 601).

1.8.- HIPOTECA SOBRE BIENES FUTUROS

El Artículo 1106 del Código Civil prescribe que no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros, esta es una norma de orden público, por tanto, no existe pacto válido posible que establezca una hipoteca sobre un bien que se concibe como futuro.

El bien inmueble deberá necesariamente estar registrado, pues de lo contrario estamos hablando de un bien futuro. Pero no basta la registración, si no que esta deberá ser definitiva; de tal forma que, para considerar al inmueble como "actual" o "presente" (no futuro), el título que posibilitó la inmatriculación

o el derecho a gravarse, debe haberse inscrito y no anotado preventivamente.

Debe quedar claro asimismo que cuando hablamos de bien futuro, no estamos haciendo referencia a bienes que no forman parte del acervo patrimonial del sujeto hipotecante en el momento de la constitución del gravamen y que posteriormente pudiera adquirir, como parecen confundirlo algunos estudiosos, y tampoco es admisible pensar en un régimen parecido al de la compraventa sobre bien ajeno. TORRES VASQUEZ, señala por ejemplo comentando el artículo 1106 del Código Civil, "que desde el momento en que para hipotecar se requiere ser propietario del inmueble la hipoteca de bienes futuros carece de sentido, pues mal pueden hipotecarse bienes de cuya propiedad se carece". (TORRES VASQUEZ Aníbal: 1998).

En el derecho comparado podemos recoger la experiencia colombiana, en cuyo caso, este tipo de hipoteca únicamente concede al acreedor un derecho expectatio, que es "el de hacer inscribir el gravamen sobre los inmuebles que el constituyente adquiera y a medida que los vaya adquiriendo" y -añadimos nosotros- que el bien sea actual. Antes que esto suceda, la *hipoteca* inscrita no es tal, "sino la posibilidad de que la haya algún día" (PEREZ VIVES, Álvaro: 2009).

A ello se suma que, en el Derecho colombiano, la consecuencia de este tipo de hipotecas sea la no oponibilidad, a diferencia de la nulidad en nuestro ordenamiento.

1.9.- EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

El Artículo 1122 del Código Civil, prescribe que: La hipoteca se acaba por:

1.- Extinción de la obligación que garantiza. 2.- Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación. 3.- Renuncia escrita del acreedor. 4.- Destrucción total del inmueble. 5.- Consolidación, es decir que la norma sustantiva precisa cinco casos de extinción de la hipoteca. Por la vinculación de la hipoteca con el Registro, debido al carácter constitutivo de la hipoteca que exige para su nacimiento su inscripción en el Registro, es importante tener en cuenta no solo las causas generales de extinción, sino que la hipoteca no se extingue mientras no se cancele su inscripción. El artículo 91 del Reglamento General de los Registros Públicos señala con carácter general que las inscripciones se extinguen respecto de terceros desde que se cancela el asiento respectivo, salvo disposición expresa en contrario. Ello sin perjuicio de que la inscripción de actos o derechos posteriores pueda modificar o sustituir los efectos de los asientos precedentes.

La hipoteca también se extingue por caducidad, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley N° 26639. Esta norma ha introducido una nueva causal de extinción de la hipoteca, como ha quedado establecido en un precedente de observancia obligatoria del Tribunal Registral.

Existen otras causales de extinción de la hipoteca, como el acuerdo entre el acreedor y deudor, respecto a la extinción de la garantía hipotecaria y el originado por la venta judicial del bien afectado por la hipoteca. En virtud del artículo 739 del Código Procesal Civil, en el auto en el que el juez dispone la transferencia de la propiedad del inmueble, se ordena también dejar sin efecto todo gravamen que pesa sobre el inmueble, salvo la medida cautelar de

anotación de demanda.

Puede también extinguirse la hipoteca, por haberse pactado que el hipotecante no deudor tiene derecho a resolver o dejar sin efecto la hipoteca constituida. Asimismo, por el vencimiento del plazo al que está limitada la hipoteca o por el cumplimiento de la condición resolutoria a que está sujeta la hipoteca (artículo 1105 del C.C.).

1.9.1.- Extinción de la obligación que garantiza

Esta causal es por excelencia el modo principal de extinción, en atención a que la hipoteca como derecho real de garantía está estrechamente en conexión con el crédito o la obligación.

Por lo general, la hipoteca es accesorio a la obligación, no tiene razón de ser por sí misma, sino como garantía de un derecho de crédito. Sin embargo, hay situaciones que no pueden desconocerse y son admitidas por la legislación, que dejan de lado el carácter accesorio de la hipoteca cuando se constituye; son los casos de las hipotecas, en garantía, de una obligación futura o eventual, reguladas en el artículo 1104 del Código Civil. No obstante, ello, aun en estos casos, siendo la determinación de las obligaciones una exigencia estructural de la hipoteca, la obligación garantizada debe cumplir con ciertas exigencias mínimas, de modo tal que los contratantes dejarán a una futura liquidación la fijación de la obligación asegurada, pero deben determinar el máximo de la responsabilidad hipotecaria, para que la contratación y el crédito no se vean afectados.

Cuando la hipoteca garantiza una obligación, debe tenerse en cuenta que todas las vicisitudes de la obligación también deben incorporarse al Registro,

para que tenga efectos frente a terceros; esto se desprende del artículo 56 del Reglamento de las Inscripciones, que determina que son datos relevantes que deben constar en el asiento de inscripción de hipoteca: el capital y el interés; por ende, cualquier cambio sobre estos aspectos también debe constar en el Registro.

La extinción puede ser total o parcial, según que comprenda la totalidad de la hipoteca o se reduzca la cuantía de la responsabilidad hipotecaria.

Así tenemos que el pago de la deuda es causa de extinción de la obligación. El pago se hace mediante distintas modalidades así tenemos: el pago directo, señalado en el artículo 1120 del Código Civil que prescribe que se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación; el pago por consignación, señalado en el artículo 1251 del Código Civil que prescribe que el deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida; la dación en pago, señalado en el artículo 1265 del Código Civil que prescribe que el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse. En el caso del pago con subrogación señalado en el artículo 1260 del Código Civil, extingue la obligación, más no extingue la hipoteca, de conformidad con el artículo 1262 del Código Civil que prescribe que: *La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta el monto de lo que hubiese pagado*; lo mismo sucede con la cesión de créditos, en atención a lo que prescribe el artículo 1206 del Código Civil que prescribe que: *“La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un*

título distinto, La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor”

También tenemos como causas de extinción de obligaciones, la novación, la compensación, la condonación, la consolidación, la transacción (artículo 1302), el mutuo disenso.

1.9.2.- Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación

Por efecto de la accesoriedad del derecho real de hipoteca, si la obligación resulta anulable por cualquiera de las causas señaladas para el acto jurídico, contenidas en el artículo 221 del Código Civil, entonces la hipoteca también sufrirá las consecuencias y se extinguirá.

Igualmente, si la obligación se rescinde o resuelve conforme a lo pactado o en virtud de la ley, la hipoteca se extinguirá.

De otro lado, una situación que cabe destacar se presenta cuando se anula el acto que ha extinguido el crédito, esto hace que en principio reviva el crédito con las garantías que le aseguraban, como si no se hubiera extinguido jamás. Sin embargo, este principio es moderado por las reglas de la publicidad del Registro para no perjudicar al tercero que hubiera inscrito su derecho en el momento que habría creído válidamente cancelada la hipoteca. La hipoteca es oponible a aquellos que hayan inscrito antes de la cancelación, pero inoponible a los acreedores que hayan publicado sus derechos entre la cancelación y el restablecimiento de la inscripción. (AVENDAÑO V. Jorge 1999, págs. 237-238).

1.9.3. Renuncia escrita del acreedor

Esta causal se sustenta en la autonomía de la voluntad como ocurre con la renuncia de otros derechos reales. En cualquier momento con independencia de la subsistencia de la obligación, el acreedor puede renunciar a la garantía

hipotecaria.

Se exige renuncia por escrito, por lo tanto, debe ser expresa y no tácita. La doctrina reconoce que este acto es unilateral y que no debe perjudicar al tercero. En efecto, en virtud de la acción revocatoria o pauliana, contemplada en el artículo 195 del Código Civil, el acreedor del renunciante puede solicitar la ineficacia de la renuncia si este acto le perjudica.

1.9.4. Destrucción total del inmueble

Cuando se extingue o desaparece totalmente la cosa hipotecada, la hipoteca queda sin efecto. Generalmente, para este caso se pacta el derecho a recibir una indemnización o se contrata un seguro. En caso de que se trate de una destrucción parcial, la hipoteca subsiste sobre la porción del bien no afectada por la destrucción, en aplicación de la indivisibilidad de la hipoteca.

Esto se refiere a la destrucción material o física del bien, sin embargo, existe también la posibilidad de la pérdida jurídica del bien. Si bien no se encuentra expresamente contemplada, la pérdida del dominio o del derecho real hipotecado también genera la extinción de la hipoteca. José María Chico y Ortiz cita, entre otros, los siguientes casos: cuando se extingue el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario; la subhipoteca o la hipoteca sobre el derecho de hipoteca, cuando se extinga la primera; la hipoteca constituida sobre concesiones administrativas cuando estas caduquen o quedan extinguidas; cuando se trate de hipotecas sobre bienes litigiosos y la sentencia sea favorable a la demanda presentada; cuando la hipoteca recaiga sobre bienes sujetos a condición resolutoria, y esta se cumpla (CHICO y ORTIZ José María: 2004).

1.9.5. Consolidación

Este es un supuesto especial, la doctrina la llama confusión de derechos. No se refiere al caso general de extinción de la obligación cuando en una misma persona concurre la cualidad de deudor y acreedor, sino al caso en que el derecho real de hipoteca se extingue cuando en una misma persona se da la cualidad de titular dominical y de titular del derecho real que lo grava. Esto ocurre porque no es posible que se admita la hipoteca sobre cosa propia.

1.9.6.- Extinción de la hipoteca por caducidad

La hipoteca se extingue por caducidad, conforme al segundo párrafo del artículo 3 de la Ley Nro. 26639. El Tribunal Registral ha establecido en un precedente de observancia obligatoria (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 18.7.2003) que esta norma ha introducido una nueva causal de extinción de la hipoteca. Llega a esta conclusión luego de analizar en diversos pronunciamientos los alcances del artículo 3 de la Ley N 26639, cuyo texto es el siguiente:

"Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas.

Esta norma se aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo de crédito garantizado".

El Tribunal Registral ha señalado que la norma contenida en la Ley N°

26639 busca cancelar, entre otras cuestiones, las inscripciones de hipotecas que afectan a determinados bienes y que no han sido ejecutadas dentro del respectivo lapso de tiempo. En esta línea se ha dicho que no debe confundirse entre la cancelación de la inscripción de la hipoteca y la extinción de la hipoteca, ya que esta puede estar extinguida por cualquier causa y sin embargo subsistir la inscripción (VÁSQUEZ TORRES Elena: 2011. T.V, pág. 693).

Conforme al texto aprobado, la extinción prevista en dicha norma, cuando se trata de hipotecas que garantizan créditos, se contabiliza a partir de la fecha del vencimiento de la obligación garantizada y no desde la inscripción de la hipoteca.

Por otro lado, si se canceló el asiento de hipoteca por caducidad y se pretende nuevamente inscribir la hipoteca, para que vuelva a tener vigencia como derecho real y así gozar de los derechos emanados de ella, vale decir, la preferencia, persecución y venta judicial de los inmuebles afectados con dicha garantía, buscando que el bien garantice la obligación por un lapso mayor a los 10 años contemplados en el artículo 3 de la Ley N 26639; estos 10 años no deben haber vencido, si de la escritura pública se aprecia que si han vencido, entonces, no puede volver a inscribirse la hipoteca en mérito a este mismo instrumento. (Cabe aquí destacar el carácter constitutivo de la hipoteca que exige para su nacimiento la inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble, antes de su inscripción, la escritura pública solo sirve de título obligacional de la hipoteca, no del derecho real de hipoteca. (VÁSQUEZ TORRES Elena: 2011, T.V, pág. 694).

Para que no ocurra la caducidad, en el plazo señalado en la ley el acreedor diligente debe renegociar la deuda y renovar la hipoteca, o interponer

la demanda en la vía judicial con el objeto de hacer efectivo el pago de la deuda; es importante que estos actos se hagan constar en el Registro para enervar la presunción del transcurso del término prescriptorio para iniciar el cobro de la obligación garantizada. El descuido del acreedor puede originar que no obstante estarse ejecutando la hipoteca, esta se cancele en el Registro por caducidad.

En general para cancelar la inscripción se requiere de escritura pública o documento privado si existe autorización legal, en la que conste la manifestación expresa del acreedor respecto a la cancelación de hipoteca, ya sea unilateral o contractual; o en su defecto la inscripción se hará en mérito a partes judiciales que contenga el mandato judicial respectivo. En el caso de la consolidación se podrá pedir la cancelación de la hipoteca en mérito al instrumento en virtud del cual se produjo la confusión de derechos (VÁSQUEZ TORRES Elena: 2011. T.V, pág. 695).

1.10.- HIPOTECA SOBRE OBLIGACION FUTURA

El artículo 1104 del Código Civil prescribe que: La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual. Conforme a esta norma sustantiva un acreedor podrá asegurar el cumplimiento de cualquier crédito que otorgue en el futuro mediante la constitución de una garantía hipotecaria por parte de su futuro deudor.

Alonso Morales señala que “En atención al principio de accesoriedad, la garantía solo será eficaz una vez que la obligación garantizada llegue a generarse, lo cual implica esperar que la obligación principal sea contraída. Por consiguiente, si bien la hipoteca de obligación futura se constituye por escritura

pública y se inscribe en el Registro de Propiedad Inmueble salvaguardando su prioridad", será el surgimiento de la obligación principal, vale decir de "la obligación garantizada", la que determinará la eficacia de la garantía hipotecaria; de no surgir aquella la hipoteca carecerá de eficacia". (Morales Acosta Alonso: 2011. T.V., pág. 607).

Uno de los objetivos de la regulación de la hipoteca sobre obligaciones futuras o eventuales reside en el hecho de asegurar al acreedor un rango o prelación respecto de la potencial ejecución de una obligación no existente, pero con grandes probabilidades de ser contraída en el futuro. En ese sentido, si no surge la obligación futura, la hipoteca no surtirá efecto alguno debiendo, en consecuencia, extinguirse o cancelarse.

El artículo 172 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, prescribe que: *"Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía siempre que así se estipule expresamente en el contrato"*.

Esta es la denominada garantía sábana, en virtud de la cual, el deudor de una empresa del Sistema Financiero puede constituir una garantía real, con el fin de respaldar todas las obligaciones asumidas frente a dicha empresa, sean obligaciones directas o indirectas, existentes o futuras.

De esta forma, si, por ejemplo, un banco presta a un cliente determinada cantidad de dinero y este último constituye una hipoteca (sobre un inmueble

de su propiedad), lo usual sería que la garantía se circunscriba a dicho crédito. Sin embargo, en aplicación de la norma antes citada, la hipoteca respaldará además todas aquellas obligaciones futuras que el mismo deudor contraiga con dicha entidad bancaria.

1.11.- HIPOTECA SOBRE PLURALIDAD DE INMUEBLES

El Artículo 1109 del Código Civil prescribe que: “El acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podrá, a su elección, perseguir a todos ellos simultáneamente o solo a uno, aun cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diferentes personas o existieren otras hipotecas. Sin embargo, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados.

Una de las características de la hipoteca es el derecho de **persecución**; es decir, la facultad que tiene el acreedor de la obligación garantizada para pretender la enajenación forzosa del inmueble aun cuando este hubiere sido transferido a un tercero o existieren otras hipotecas que gravan el predio.

Si la hipoteca recae sobre varios inmuebles, puede el acreedor perseguir a todos los inmuebles o al que arbitrariamente se le ocurra, sin importar el que dicho predio ya corresponda en propiedad a un tercero y puedan existir otros bienes con los que se cubre el crédito y que aún son de propiedad del deudor personal; o incluso, puede el acreedor optar por perseguir a un inmueble que soporta otros gravámenes, con lo que podría perjudicar a otros acreedores innecesariamente si es que existen otros bienes sin cargas y que alcanzan para cubrir el crédito.

Este artículo regula propiamente uno de los efectos principales de la indivisibilidad de la hipoteca, la que en términos generales implica -para este caso en particular- que todos los inmuebles hipotecados responden ante el incumplimiento del deudor (salvo manifestación en contrario por parte del acreedor) aun cuando la obligación garantizada se hubiere extinguido parcialmente.

Esta actitud del acreedor, basada en una facultad que le dispensa la primera parte del artículo, sin duda es injusta, o si se quiere, podemos llevarla incluso a los límites del ejercicio abusivo del derecho. Por tal motivo, el ordenamiento no ha querido que la facultad persecutoria del acreedor sea irrestricta, y ha previsto un límite con pronunciamiento en sede judicial, en la segunda parte del mencionado artículo, el cual consideramos no es suficiente para evitar el ejercicio abusivo del derecho.

No obstante que la segunda parte del artículo busca justamente evitar esta situación de *abuso*, y recoge la facultad del juez para que luego de la evaluación pertinente, habiendo concluido a partir de su poder discrecional, que la causa invocada por el emplazado amerita por su parte el establecimiento de una prelación para la venta.

Es decir que únicamente se le permite al juez establecer un orden en la venta de los inmuebles hipotecados, de lo que se entiende que el acreedor siempre pudo dirigir la acción real en razón a todos los inmuebles gravados, lo que sucede es que, entre estos, el juez podría decidir un orden para su venta.

Borda citado Becerra Sosaya que se justifica la admisión de esta figura de la siguiente manera: "La solución es muy importante, porque a veces el acreedor, con evidente abuso, suele elegir el inmueble que más perjuicios ocasione al

deudor o a un tercero. De una manera general puede afirmarse el principio de que cuando la ejecución de alguno de los varios inmuebles hipotecados puede ocasionar perjuicios al deudor o a un tercero, el juez está autorizado a fijar el orden para la venta de los bienes gravados”. (BECERRA SOSAYA Marco: 2011, T.V. pág. 635).

1.12.- EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

El artículo II del Título Preliminar del Código Civil prescribe que: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”

De otro lado la parte in fine del artículo 103 de nuestra Constitución vigente prescribe que: La constitución no ampara el abuso del derecho”

Se denomina **abuso del derecho** o **abuso de derecho** a la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho. Igualmente, es el accionar de quien en ejercicio de un derecho actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros.

En general la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos; considerando como tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al

reconocerlos, o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La doctrina del abuso del derecho, que ha sido elaborada jurisprudencialmente y que luego ha sido recogida normativamente, supone, en última instancia, la idea fundamental de prohibición de trasgresión de la naturaleza y del contenido esencial de los derechos humanos.

El ejercicio abusivo de los derechos se configura como un acto ilícito específico: se trata de un acto ilícito abusivo que, a diferencia del acto ilícito común en el cual se transgrede francamente la norma legal, implica una violación solapada del ordenamiento jurídico.

1.12.1.- Teoría del Abuso del Derecho:

Carlos Fernández Sessarego en su obra el Abuso del Derecho precisa: “La teoría del abuso del derecho refleja, como ninguna otra, la crisis del derecho en las últimas décadas. Es por ello, una institución clave para comprender los cambios producidos en cuanto a la visión del derecho de parte de los juristas de su función en la sociedad actual”.

Después de que se reafirmó la existencia de los derechos subjetivos se tuvo en cuenta que estos no podían ser ejercidos de manera antisocial, entonces se planteó la existencia de un ejercicio regular de los derechos subjetivos acorde con la moral colectiva y con la armonía de la vida social. Y a pesar de las críticas

soportadas pudo este concepto demostrar a través de la jurisprudencia que para nada atentaba en contra de la libertad individual de las personas, que debieron enmarcar su actuación dentro del bien común. Es en este contexto que empieza a desarrollarse la teoría del abuso del siglo XX. Y antes de cualquier intento de ensayar una definición a este problema nos parece más apropiado referirnos al desenvolvimiento de este concepto a lo largo de la historia, también a sus antecedentes más inmediatos y a las circunstancias que darán lugar a la conformación de esta controvertida institución jurídica.

Josserand, afirma que “cuando se dice que un acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho, se expresa un dilema en el cual la contradicción es solo aparente, porque un acto puede ser realizado de conformidad con un derecho determinado, y, sin embargo, hallarse en pugna con el derecho considerado en su conjunto”.

1.12.2.- Criterios para determinar un abuso del derecho.

A.- Criterio subjetivista:

Plantea el abuso de un derecho cuando existe un obrar doloso o culposo por parte del titular, es decir, cuando lo ha ejercitado con el solo propósito de causar daño o bien si ha sido ejecutado sin tomar el cuidado adecuado. Este criterio pudo haber sido bien empleado en la etapa embrionaria de esta institución, más luego se mostraron las grandes deficiencias al caer en la imprecisión de los resultados de tratar de investigar la intención de los actos dada la inescrutabilidad de las motivaciones personales del sujeto.

B.- Criterio Objetivo:

Llamado también funcional o finalista. En este criterio se pone énfasis en cuanto el acto abusivo, atenta contra los fines de la norma, o contra las finalidades generales del derecho, se quiere decir de otra manera. Esta teoría fue acogida muy favorablemente acogida por la doctrina y la jurisprudencia ya que se consideró que tenía un juicio más razonable que representaba la verdadera intencionalidad derecho.

C.- Criterio Mixto o ecléctico:

Esta teoría complementa las dos anteriores y tiene como principal exponente a Josserand, cuando este le añade al elemento teleológico la idea de “motivo legítimo” al momento de decir que los derechos subjetivos “no pueden ser ejercitados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo”. Y esto último es aquello que, según él, concreta el aparente carácter abstracto del criterio finalista. Será necesario recordar que estas correcciones a sus ideas iniciales fueron resultado de las diversas confrontaciones y críticas que tuvo que soportar.

1.12.3.- El abuso del derecho en la doctrina nacional.

En nuestro país las controversias en cuanto a la admisión y al tratamiento de la figura del abuso del derecho en nuestro ordenamiento jurídico han producido un fuerte encuentro de posiciones y que incluso llegan a confrontar las propias visiones que se tiene sobre lo que es el campo jurídico.

León Barandiarán dijo al respecto: “El codificador ha eludido intencionalmente definirlo lo que es el abuso del derecho o establecer un criterio conceptual apriórico para su determinación. Ha pensado que se trata de una noción lábil y plástica, correspondiendo a la doctrina y a la obra jurisprudencial, el considerar y plasmar la conceptuación pertinente” El código civil vigente en un inicio mantuvo la sencilla expresión “La ley no ampara el abuso del derecho...” “del código anterior, pero ahora ya complementado en cuanto enuncia los medios que podían utilizarse en tales casos, que podían ser preventivos o eliminativos con la correspondiente indemnización. Además “León Barandiarán, En la exposición de motivos y comentarios del título preliminar, dice lo siguiente: “El codificador no ha creído conveniente incluir referencia alguna sobre el criterio que debe tener el juez, pero el estudioso del derecho no puede dejar de atender a ello. Al respecto se puede decir que se incurre en abuso del derecho cuando en el ejercicio de tal derecho el titular se excede manifiestamente de los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho “

Otro reconocido jurista fue Jorge E. Castañeda, que rechaza la autonomía del abuso del derecho y la ubica dentro de la regulación de los actos ilícitos cuando dice: “En verdad el criterio del dolo y de la culpa determina si se abusa derecho cuando su titular al ejercerlo comete intencionalmente el daño, o dicho daño se produce por negligencia o imprudencia”.

De Trazegnies comparte la posición de Planiol de que un acto no puede ser lícito e ilícito a la vez y asimila al abuso del derecho dentro de la

responsabilidad civil. Afirma esto al decir: “Afirma esto al decir: “El ejercicio de un derecho tiene que ser siempre regular, ya que en caso contrario deja de ser derecho”.

Rubio Correa tiene el reconocido mérito de sugerir un nuevo criterio a través del cual entiende al abuso del derecho como un acto “en principio lícito, pero que por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía d la vida social”. Tal calificación, según él, debe realizarla el juez aplicando los métodos de integración. Estima además que el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas lícitas y expresadamente ilícitas “. En este sentido se estaría reconociendo que no está permitido abusar de un derecho y que no es ilícito tampoco porque cae en la esfera de una categoría intermedia entre lo lícito y lo ilícito.

Fernández Sessarego comprende al abuso del derecho como una conducta que se convierte en antisocial cuando al ejercer u omitir un derecho subjetivo transgredí un genérico deber jurídico, que concreta el valor solidaridad, originando así un acto ilícito “sui generis”. Rechaza la concepción de Rubio negando la existencia d una “zona intermedia” entre lo que es lícito y lo que es ilícito, y considera que es ilógico situar al abuso del derecho ahí dado que se haya explícitamente incorporada la norma que lo prohíbe.

Enfatiza siempre la cualidad” sui generis “de este ilícito, para diferenciarlo de un ilícito cualquiera y demostrar que a pesar de compartir la naturaleza de lo ilícito no se le debe asimilar a la responsabilidad civil. De esta forma enfrenta a los detractores de este instituto diciendo que “en el terreno de la culpa Aquiliana

se obra sin derecho y se transgrede un diverso deber genérico (*calterum non laedere*) que no acompaña a ningún derecho subjetivo, pues se actúa en defecto de este". Es así como a partir de su origen se caracteriza como un ilícito especial, "sui generis".

Torres Vásquez acepta esta institución como una conducta que se haya dentro de los límites del ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, no es contrario a este, pero si lo es al derecho en general. Según él, el abuso de derecho "supone la existencia de un derecho subjetivo deducido del derecho positivo que es ejercido contrariando: los fines (económicos, sociales, políticos) de la ley que lo otorgo, la moral, las buenas costumbres, la buena fe, la solidaridad social".

Espinoza Espinoza analiza el abuso del derecho de cara al desarrollo de la jurisprudencia y en función de dos momentos. En su primera etapa el abuso de derecho, según él, actúa como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo; en la posterior es asimilable a la responsabilidad civil, por los daños fácticos o potenciales, a las reglas de ineficacia. Rechaza la reducción al ámbito patrimonialista del abuso del derecho, y alega que "la experiencia jurídica es mucho más rica que las coordenadas diseñadas por el teórico". Sin duda lo más destacable de su trabajo es la apreciación de este instituto desde una perspectiva más práctica y menos especulativa, que le permite, consecuentemente, no desaprovechar la realidad social como un elemento clave para el correcto entendimiento del abuso de derecho.

CAPITULO II

DISEÑO METOLÓGICO

2.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la actualidad hay personas que hipotecan todos los bienes inmuebles que poseen con la finalidad de poder garantizar el cumplimiento de las obligaciones que adquieren y al no poder honrar la obligación adquirida, el acreedor hipotecario amparándose en el artículo 1109 del Código Civil solicita en forma simultánea el remate de todos los bienes hipotecados, no obstante que ello no sea necesario por el monto de la obligación; por lo que consideramos que ello constituye el ejercicio abusivo del derecho que tanto el Código Civil, así como nuestra constitución recusan; por lo que cabe formularse la siguiente interrogante:

2.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿EN LA PLURALIDAD DE HIPOTECAS LA EJECUCIÓN SIMULTÁNEA DE TODAS ELLAS, CONSTITUYE EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO POR PARTE DEL ACREEDOR HACÍA EL DEUDOR Y/O TERCEROS?

2.3.- JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se justifica porque mediante ella se persigue evitar que los acreedores aprovechándose de la necesidad de las personas que adquieren obligaciones hipotecan todos los bienes inmuebles que poseen, y ante la imposibilidad de honrar la obligación adquirida, el acreedor hipotecario solicita simultáneamente la ejecución de todos los bienes inmuebles hipotecados en un claro abuso del derecho.

2.4.- VIABILIDAD

No obstante, a las limitaciones encontradas como por ejemplo la escasa bibliografía sobre el tema, así como los escasos recursos económicos; sin embargo, superando dichas limitaciones, si es posible su realización y culminación.

2.5.- OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.5.1.- OBJETO GENERAL

Determinar las razones por las cuales la ejecución simultanea de todas las hipotecas en los casos de pluralidad de hipotecas, el acreedor incurre en el ejercicio abusivo del derecho.

2.5.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Proponer una reforma legislativa sobre el tema.
- Analizar jurisprudencia sobre el tema.

2.6.- HIPÓTESIS

La ejecución simultánea de todas las hipotecas en caso de pluralidad, constituye el ejercicio abusivo del derecho del acreedor contra el deudor y/o terceros.

2.7.- Variables

2.7.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE

La ejecución simultánea de todas las hipotecas en caso de pluralidad

2.7.2.- VARIABLE DEPENDIENTE

Constituye el ejercicio abusivo del derecho del acreedor contra el deudor y/o terceros

2.7.3.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

V.I.- La ejecución simultánea de todas las hipotecas en caso de pluralidad

Ejecutar al mismo tiempo todas las hipotecas que se hayan constituido para garantizar una obligación dineraria

V.D.- Constituye el ejercicio abusivo del derecho del acreedor contra el deudor y/o terceros

El ejercicio abusivo del derecho es una figura por la cual se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica social para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no con el fin de beneficiarse. (Casación 2182-2006- Santa, El Peruano, 03 de julio del 2007, pág. 19859).

2.7.4.- OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

2.7.4.1.- Indicadores

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADOR	FUENTE
V.I.- La ejecución simultánea de todas las hipotecas en caso de pluralidad	Ejecutar al mismo tiempo	- Doctrina - Legislación - Jurisprudencia
VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADOR	FUENTE
VD. Constituye el ejercicio abusivo del derecho del acreedor contra el deudor y/o terceros.	Ejercer derecho fuera de finalidad	- Doctrina - Legislación - Jurisprudencia .

2.8.- METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.8.1.- TIPO DE ESTUDIO

Esta investigación, es de tipo DESCRIPTIVA Y ANALÍTICA, por cuanto se tratará de describir la institución concerniente a la pluralidad de hipotecas y al ejercicio abusivo del derecho en su ejecución por parte del acreedor. Analizando las distintas posturas y teorías al respecto.

2.8.2.- TÉCNICAS Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

2.8.2.1.- Técnicas

La presente investigación es de carácter descriptivo, correlacional, y documental, siendo que la técnica a emplearse será aquella que privilegie los documentos, llevándose a cabo una recopilación de los mismos, es decir la técnica bibliográfica.

2.8. 2.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

MÉTODO DOGMÁTICO: En un comienzo se utiliza el método dogmático con la finalidad de poder conocer la naturaleza jurídica y el alcance del tema materia de investigación pues se recurrirá frecuentemente a los juristas tanto nacionales como extranjeros que aportan sobre el tema, de modo que se pueda realizar una comparación entre la normativa nacional con la extranjera.

MÉTODO EXEGÉTICO: El método exegético constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. Este método parte de la convicción de un ordenamiento pleno, cerrado y sin lagunas.

MÉTODO SOCIOLÓGICO FUNCIONAL: El método funcional intenta una redefinición profunda de los conceptos que se usan en la indagación científica. Las ficciones jurídicas- como la ubicación espacial de una persona jurídica o las reglas inmutables del derecho de las obligaciones-representan para los funcionalistas una percepción confusa de un hecho significativo.

MÉTODO LITERAL: Con la finalidad de llegar a conocer el significado de las normas, usaremos el método de la ratio legis a fin de comprender para qué se dictó determinada norma, es decir, conocer el espíritu de la ley.

CAPITULO III

PROBANZA DE HIPOTESIS

3.1.- ANALISIS DOGMATICO:

El artículo 1109 del Código Civil prescribe que: *“El acreedor cuya hipoteca comprende varios inmuebles podrá, a su elección, perseguir a todos ellos simultáneamente o solo a uno, aun cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diferentes personas o existieren otras hipotecas. Sin embargo, el Juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados”.*

Haciendo un análisis de esta disposición legal, debemos de partir en primer lugar que una de las características del derecho real de hipoteca es el derecho de persecución, y al señalar esta norma que el acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles, puede perseguir a todos ellos en forma simultánea, aun en el caso que hubiesen sido transferidos. Esto le da la posibilidad al acreedor para que no obstante no sea necesario la ejecución de todos los bienes inmuebles por el monto de la obligación, pida la ejecución simultánea; o cuando sabiendo que un bien inmueble hipotecado ya ha sido transferido a una tercera persona, pida su ejecución justamente de ese bien inmueble, no obstante la existencia de otros bienes inmuebles con los cuales de ejecutarse puede fácilmente satisfacer la obligación adquirida por el deudor; ello constituye el ejercicio abusivo de un derecho, con lo cual corroboramos la probanza de nuestra hipótesis; pues no es suficiente la última parte del artículo materia de análisis, porque la intervención del juez solamente está limitada a fijar el orden del remate en caso de venta simultánea, más no en los casos en que el acreedor prefiera la ejecución de un bien inmueble que tiene conocimiento ha sido

transferido y existen otros inmuebles hipotecados y que puede pedir su ejecución.

El artículo II del Título Preliminar del Código Civil prescribe que: *“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”*

Haciendo un análisis de esta disposición legal, en cuya primera parte se indica que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho, sin embargo, comparándolo con el artículo 1109 del mismo código sustantivo existe una contraposición al permitirse el ejercicio abusivo del derecho, en los casos de hipoteca sobre pluralidad de bienes inmuebles; en consecuencia, con ello corroboramos la probanza de nuestra hipótesis.

El artículo 103 de la Constitución prescribe que: *“[...] La constitución no ampara el abuso del derecho”*

Haciendo un análisis de esta disposición constitucional, sin embargo, comparándolo con el artículo 1109 del mismo código sustantivo existe una contraposición al permitirse el ejercicio abusivo del derecho, en los casos de hipoteca sobre pluralidad de bienes inmuebles; en consecuencia con ello corroboramos la probanza de nuestra hipótesis; y si bien es verdad conforme al artículo 51 y 138 de la misma carta magna los jueces pueden inaplicar el artículo 1109 del Código Civil; también es verdad que en la realidad no se hace.

3.2.- ANÁLISIS DOCTRINARIO

Marcial Rubio señala que: “El abuso de derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del Derecho es tratado como no lícito, al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de aplicación de las normas sobre responsabilidad civil no de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica... sin embargo, ese acto lícito contraria el espíritu o los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución y, por tanto, se configura una laguna del Derecho que debe ser resuelta por el juez, ante la carencia de una disposición restrictiva o prohibitiva específica que impida el acto tal como se realiza” Rubio Correa, Marcial (1988), Título Preliminar. Lima. Fondo Editorial PUCP, pág. 40).

Esta afirmación doctrinaria corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque el acreedor hipotecario, amparándose en el artículo 1109 del Código Civil interpone demanda para ejecutar en forma simultánea todos los bienes hipotecados en una pluralidad de hipoteca cuando en realidad no es necesario por el monto de la obligación, caso en el cual estamos haciendo uso del ejercicio abusivo del derecho.

Becerra Sosaya, señala que: “... si la hipoteca recae sobre varios inmuebles, puede el acreedor perseguir a todos los inmuebles o al que arbitrariamente se le ocurra, sin importar en que dicho predio ya corresponda en propiedad a un tercero y puedan existir otros bienes con los que se cubre el crédito y que aún son de propiedad personal del deudor; o incluso, puede el acreedor optar por perseguir a un inmueble que soporta otros gravámenes [...] con lo que podría perjudicar a otros acreedores innecesariamente si es que

existen otros bienes sin cargas y que alcanzan para cubrir el crédito. [...] esta actitud de acreedor, basada en una facultad que le dispensa la primera parte del artículo (1109 C.C), sin duda se nos puede aparecer como injusta, o si se quiere, podemos llevarla incluso a los límites del ejercicio abusivo del derecho. [...] Debe quedar claro que el artículo comentado (1109 CC), únicamente le permite al juez establecer un orden un orden en la venta de los inmuebles hipotecados, de lo que se entiende que el acreedor siempre pudo dirigir la acción real en razón a todos los inmuebles gravados, lo que sucede es que entre éstos, el juez podría decidir un orden para su venta...” (Becerra Sosaya, Marco: 2011, T.V. págs. 634-635).

Esta afirmación doctrinaria corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque el acreedor hipotecario, amparándose en el artículo 1109 del Código Civil interpone demanda para ejecutar en forma simultánea todos los bienes hipotecados en una pluralidad de hipoteca, e incluso conforme se afirma puede ejecutar un bien inmueble que ha sido transferido a un tercero a quien se le causaría un perjuicio, no obstante que existen otros bienes hipotecados a su favor y que no han sido transferidos por el deudor cuando en realidad no es necesario por el monto de la obligación que se ejecuten todos los bienes o los bienes que han sido transferidos, caso en el cual estamos haciendo uso del ejercicio abusivo del derecho.

Torres Vásquez, señala que: “La hipoteca es plural cuando se ha constituido sobre varios inmuebles para garantizar un crédito [...].

Si la obligación no es pagada a su vencimiento, el acreedor puede, a su elección, perseguir, para su ejecución judicial (art. 720 y ss. del CPC), a todos los bienes gravados simultáneamente o escoger uno o algunos de ellos. La

elección del inmueble o de los inmuebles para su venta judicial le pertenece al acreedor. [...].

El acreedor puede perseguir a los bienes hipotecados en poder de quien estén, incluso cuando han dejado de pertenecer al hipotecante o existieren otras hipotecas ulteriores y hacer que se rematen judicialmente para con su valor hacerse pago preferentemente de su crédito. (Torres Vásquez, Aníbal. 2016. T. II, págs. 698-699).

Esta afirmación doctrinaria corrobora la probanza de nuestra hipótesis porque el acreedor hipotecario, amparándose en el artículo 1109 del Código Civil interpone demanda para ejecutar en forma simultánea todos los bienes hipotecados en una pluralidad de hipoteca, e incluso conforme se afirma puede ejecutar un bien inmueble que ha sido transferido a un tercero a quien se le causaría un perjuicio, no obstante que existen otros bienes hipotecados a su favor y que no han sido transferidos por el deudor cuando en realidad no es necesario por el monto de la obligación que se ejecuten todos los bienes o los bienes que han sido transferidos, caso en el cual estamos haciendo uso del ejercicio abusivo del derecho.

3.3.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Con la finalidad reforzar nuestra hipótesis insertamos algunas ejecutorias, muchas de las cuales han sido expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República en procesos de ejecución de garantía hipotecaria.

I.- "En los contratos de mutuo con garantía hipotecaria se dan copulativamente una obligación principal y un derecho accesorio como es la

hipoteca que garantiza el cumplimiento de la obligación. Si bien la inscripción es un elemento constitutivo del derecho real, conforme lo establece el inciso tercero del artículo 1099 del Código Civil, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la hipoteca como derecho accesorio, esta no puede sobrevivir al crédito que garantiza, de modo que, extinguida la obligación principal, el derecho accesorio de garantía desaparece. Este criterio ha sido asumido por la mayoría de legislaciones y en nuestro ordenamiento se encuentra incorporado en el inciso primero del artículo 1122 del Código Civil, cuando prescribe que la hipoteca se acaba por extinción de la obligación que garantiza" (Cas. N° 2164-97. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 370)

Análisis de esta casación:

Analizando esta casación se advierte que la hipoteca por ser un derecho accesorio cuando se constituye una hipoteca sobre varios inmuebles, si no se cancela la obligación en su totalidad, el acreedor hipotecario en forma simultánea puede ejecutar todos los bienes inmuebles hipotecados al amparo del artículo 1109 del Código Civil, lo que constituye el ejercicio abusivo del derecho, con lo cual se corrobora la probanza de nuestra hipótesis

II.- "La hipoteca es un derecho real, accesorio e indivisible, pues el acreedor tiene el derecho de persecución y venta del bien y que se constituye en garantía de un crédito u obligación, extendiéndose a todas las partes del bien hipotecado" (Casación 723-98-Arequipa, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 21/01/99, p. 2514).

Análisis de esta casación:

Analizando esta casación se advierte que la hipoteca otorga al acreedor el derecho de persecución y preferencia, en consecuencia, cuando se constituye una hipoteca sobre varios inmuebles, el acreedor por ese derecho de persecución en forma simultánea ejecuta todos los bienes inmuebles hipotecados al amparo del artículo 1109 del Código Civil, lo que constituye el ejercicio abusivo del derecho, con lo cual se corrobora la probanza de nuestra hipótesis

III.- "La doctrina considera varias definiciones, pero en todas ellas se le reconoce a la hipoteca la calidad de derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía, de tal manera que sigue siempre a la cosa hipotecada cualesquiera que sean las manos a que pase, y a pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave, de donde resulta que el acreedor hipotecario tiene una acción real" (Cas. N° 306-97. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 358).

Análisis de esta casación:

Analizando esta casación se advierte que la hipoteca otorga al acreedor el derecho de persecución y preferencia, en consecuencia, cuando se constituye una hipoteca sobre varios inmuebles, el acreedor por ese derecho de persecución en forma simultánea ejecuta todos los bienes inmuebles hipotecados al amparo del artículo 1109 del Código Civil, lo que constituye el ejercicio abusivo del derecho, con lo cual se corrobora la probanza de nuestra hipótesis.

IV.- "La hipoteca es definida como la afectación de un inmueble en garantía del cumplimiento de una obligación, lo que otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. Los caracteres jurídicos de la hipoteca son; a) constituye un derecho real sobre un bien determinado, b) es un derecho accesorio, puesto que se constituye en seguridad del cumplimiento de una obligación; c) es indivisible, de tal manera que recae sobre el todo y cada una de las partes, y si el bien hipotecado se divide, todas y cada una de las partes continúan gravadas en garantía del cumplimiento o pago" (Casación 306-97-Arequipa, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, El Peruano, 3/04/98, p. 609).

Análisis de esta casación:

Analizando esta casación se advierte que la hipoteca otorga al acreedor el derecho de persecución y preferencia, en consecuencia, cuando se constituye una hipoteca sobre varios inmuebles, el acreedor por ese derecho de persecución en forma simultánea ejecuta todos los bienes inmuebles hipotecados al amparo del artículo 1109 del Código Civil, lo que constituye el ejercicio abusivo del derecho, con lo cual se corrobora la probanza de nuestra hipótesis

V. - De conformidad con los artículos 1361 y 1362 del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarlo; y, así mismo los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la

buena fe y común intención de las partes. Que a la luz de dichos principios debe de analizarse el Contrato de Segunda Hipoteca Y Primera y Preferencial Prenda Agrícola (Casación 1299-99-Ica. El Peruano, 02-05-2002)

Análisis de esta casación:

Analizando esta casación se advierte que la hipoteca otorga al acreedor el derecho de persecución y preferencia, en consecuencia, cuando se constituye una hipoteca sobre varios inmuebles, el acreedor por ese derecho de persecución en forma simultánea ejecuta todos los bienes inmuebles hipotecados al amparo del artículo 1109 del Código Civil, lo que constituye el ejercicio abusivo del derecho, con lo cual se corrobora la probanza de nuestra hipótesis.

VI.- “El ejercicio abusivo del derecho es una figura por la cual se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica social para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no con el fin de beneficiarse. [...] El nombre de la figura está mal dado, ya que el derecho no abusa, sino el abuso se configura por su ejercicio abusivo. Por lo tanto, la norma está hecha para regular la conducta humana; pero existen otros preceptos reguladores: la buena fe, la moral, la equidad. Lo que se configura es un actuar conforme a un precepto escrito, pero ajeno a sus bases...” (Casación 2182-2006- Santa, El Peruano, 03 de julio del 2007, págs. 19859-19860).

Análisis de esta casación:

Analizando esta casación se advierte que la hipoteca otorga al acreedor el derecho de persecución y preferencia, en consecuencia cuando se constituye una hipoteca sobre varios inmuebles, el acreedor por ese derecho de persecución en forma simultánea ejecuta todos los bienes inmuebles hipotecados al amparo del artículo 1109 del Código Civil, lo que constituye el ejercicio abusivo del derecho, pues lo ejercita con la finalidad de perjudicar al deudor, con lo cual se corrobora la probanza de nuestra hipótesis.

VII.- “... El ejercicio abusivo del derecho implica el ejercicio de un derecho subjetivo (en este caso, surgido a raíz de un contrato) que externamente se presenta como de acuerdo a ley, actuándose dentro de los límites objetivos de la norma, pero debiendo ajustarse a la finalidad económica o social para la cual fue atribuido a su titular, se produce una desviación, originando con ello un supuesto de ejercicio abusivo del derecho...” (Casación 37-2006- Lima, El Peruano, 02 de diciembre del 2008, págs. 17256-17257).

Análisis de esta casación:

Analizando esta casación se advierte que la hipoteca otorga al acreedor el derecho de persecución y preferencia, en consecuencia cuando se constituye una hipoteca sobre varios inmuebles, el acreedor por ese derecho de persecución en forma simultánea ejecuta todos los bienes inmuebles hipotecados al amparo del artículo 1109 del Código Civil, lo que constituye el ejercicio abusivo del derecho, pues lo ejercita con la finalidad de perjudicar al deudor, con lo cual se corrobora la probanza de nuestra hipótesis.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Constituye ejercicio abusivo del derecho el solicitar la ejecución de un bien inmueble hipotecado que ha sido transferido a una tercera persona y existen otros bienes hipotecados en poder del deudor y que superen en demasía el monto de la obligación contraída.

SEGUNDA: Considerando que una de las características de la hipoteca es el derecho de persecución y ante la existencia de una hipoteca con pluralidad de bienes inmuebles, al solicitar el acreedor hipotecario la ejecución simultánea de todos los bienes inmuebles, no obstante que el monto de la obligación no lo amerita, estamos ante el ejercicio abusivo de un derecho.

TERCERA: La última parte del artículo 1109 del Código Civil, no es suficiente para contrarrestar el ejercicio abusivo del derecho por parte de los acreedores hipotecarios en perjuicio de sus deudores o de terceras personas, en los casos de hipotecas con pluralidad de bienes inmuebles.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda la modificación del artículo 1109 del Código Civil, con la finalidad de brindarles protección adecuada a los deudores hipotecarios en los casos de hipotecas con pluralidad de bienes inmuebles.

SEGUNDA: Se recomienda que los órganos jurisdiccionales cuando adviertan el ejercicio abusivo del derecho en los casos de ejecución de hipotecas con pluralidad de bienes inmuebles apliquen el control difuso contemplado en el artículo 138 de la Constitución vigente, dándole preferencia al artículo 103 de la misma carta magna.

BIBLIOGRAFIA

AVENDAÑO ARANA, Francisco (2011). En Código Civil Comentado, Tomo V, comentan 209 especialistas, Lima. Gaceta Jurídica S.A.

AVENDAÑO, Francisco (2003), La cobertura de hipoteca. Lima. Diario Oficial el Peruano, 23 de julio del 2003.

AVENDAÑO V. Jorge (1999). Garantías. Materiales de Enseñanza. PUCP, Lima,

ALIAGA HUARIPATA, Luis (2011) En Código Civil Comentado, Tomo V, comentan 209 especialistas, Lima. Gaceta Jurídica S.A.

BECERRA SOSAYA, Marco (2011) En Código Civil Comentado, Tomo V, comentan 209 especialistas, Lima. Gaceta Jurídica S.A.

BORDA Guillermo A. (1999). Manual de los Derechos Reales. Buenos Aires, Editorial Perrot.

CABANELLAS DE TORRES Guillermo (2002), Diccionario Jurídico Elemental. Argentina, Décimo tercera Edición, Argentina, Editorial Heliasta.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1958), La hipoteca, Lima, Editorial San Marcos.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO (2011), comentan 209 especialistas en las Diversas Materias del Derecho Civil. Tomo I. Lima, Gaceta Jurídica.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO (2011), comentan 209 especialistas en las Diversas Materias del Derecho Civil. Tomo V. Lima, Gaceta Jurídica.

CHICO y ORTIZ José María (2004). Estudios de Derecho Hipotecario. Tomo II. Madrid-España. Marcial Pons.

DE COSSÍO y CORRAL. Alfonso (1996), Instituciones de Derecho Hipotecario, Madrid- España. Editorial Civitas S.A.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. (2006). Madrid. España. Editorial Espasa Galpe S.A.

FERNÁNDEZ CASTRO, Carlos (1994) Derecho Civil y Procesal Civil. Preguntas y respuestas, Lima- Perú. Ediciones Jurídicas.

GONZALES BARRÓN, Gunther (2003). Curso de Derechos Reales. LIMA: Jurista Editores.

GRANDA BOULLON, Carlos (2011) En Código Civil Comentado, Tomo V, comentan 209 especialistas, Lima. Gaceta Jurídica S.A.

LEON BARANDIARAN José (1992), Tratado de Derecho Civil, tomo III, Volumen I, Lima, WG. Editor.

LOHMANN, Juan (1999). El Negocio Jurídico. Lima. Editora Grijley.

Max ARIAS-SCHREIBER, Max (1998). Exegesis del Código Civil de 1984, Tomo VI, Derecho Reales de Garantía. Lima Gaceta Jurídica Editores SRL.

OMAR A SAR. (2006) Constitución Política del Perú, con la jurisprudencia artículo por artículo del Tribunal Constitucional; tercera edición, Editorial, Lima, Nomos & thesis.

PEREZ VIVES, Álvaro (2009). Garantías Civiles. Segunda edición, Santa Fe de Bogotá-Colombia Editorial Themis S.A.

RAMIREZ CRUZ, Eugenio Ma (2004). Tratado de los Derechos Reales. Propiedad-Copropiedad. Lima: Rodhas.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2016) Código Civil, Octava edición, Tomo II, Lima. IDEMSA.

TORRES VASQUEZ Aníbal (1998). Código Civil, Cuarta edición, Lima, Librería y ediciones jurídicas.

VALENCIA ZEA, Arturo (1998), Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo 11, Quinta edición, Bogotá Colombia. Editorial Temis.

VÁSQUEZ TORRES Elena (2011) En Código Civil Comentado, Tomo V, comentan 209 especialistas, Lima. Gaceta Jurídica S.A.

APENDICES

APENDICE 1-A

PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 1109 DEL CÓDIGO CIVIL

LEY NÚMERO.....

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente

LEY QUE ESTABLECE MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL

ARTÍCULO PRIMERO: Modifícase el artículo 1109 del Código Civil el cual quedara redactado en los términos siguientes

ARTÍCULO 1109.- “El acreedor cuya hipoteca comprende varios inmuebles solamente podrá, perseguir a todos ellos simultáneamente, cuando sea necesario para cubrir el monto de la obligación.

Cuando uno de los bienes inmuebles ha sido transferido a un tercero, solamente podrá ejecutarlo si es que los demás bienes hipotecados que se encuentren en poder del deudor no cubren el monto de la obligación contraída.

ARTÍCULO SEGUNDO: Lo dispuesto en la presente ley entrará en vigencia a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial, El Peruano.

Comuníquese al señor Presidente la República para su promulgación.

Dado en Lima a los.....días del mes de..... del año.

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO

Mando se publique y cumpla

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima a los días del mes de.....del año.....